Edilson Vitorelli

Gustavo Osna

Introdução ao PROCESSO CIVIL e à RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

2ª edição

2023

EDITORA JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO 1

O PROCESSO CIVIL E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

1. DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

Ressalvadas as obras literárias, não se conhece, na história, qualquer situação em que os seres humanos tenham vivido isoladamente. Desde os mais remotos tempos, as pessoas se organizaram em grupos, em sociedade. E onde está a sociedade, está o Direito (*ubi societas, ibi ius*). Não se conhece grupo social que tenha se regido sem a existências de regras.

É claro que nem todas as regras que existem na sociedade são jurídicas. Algumas regras sociais são apenas hábitos, cortesia ou normas decorrentes de princípios éticos ou morais. Até a etiqueta é um conjunto de normas de comportamento que influencia a nossa vida em sociedade. Porém, algumas delas são passíveis de imposição mediante sanção, ou seja, compulsoriamente. Essas normas são chamadas de coercitivas e, quando são descumpridas, acarretam algum tipo de reação do grupo social.

Essa reação pode ser difusa, imposta pelos membros do grupo em geral, sem uma organização centralizada. Isso ocorre em sociedades mais primitivas e menos estruturadas. Nas sociedades modernas, a imposição de sanções costuma ser centralizada na figura do Estado**. O Estado moderno exerce o monopólio da utilização legítima da força e da coerção (ameaça de imposição de sanção)**.

Todas as sociedades se organizam em torno dos interesses dos seus integrantes. Contudo, as pessoas têm os mais variados interesses e nem todos eles são reconhecidos pela ordem jurídica. Você ou eu podemos ter

interesse em que nosso time de futebol seja o campeão nacional (no caso de Gustavo Osna, torcedor do glorioso Coritiba, isso jamais ocorrerá, é claro), mas esse interesse não pode ser imposto, compulsoriamente, pela ordem jurídica. Quando o ordenamento opta por proteger um interesse, a ele agregando a possibilidade de imposição de sanção, nós o denominamos "direito". Em outras palavras, direitos são interesses humanos que a ordem jurídica de uma determinada sociedade seleciona para proteger, ameaçando com sanção aqueles que o violarem.

Essa seleção é consideravelmente aleatória e varia com as características do grupo social e com o passar do tempo. Há sociedades que protegem determinados direitos que outras não protegem. Há direitos que são protegidos em um determinado momento e deixam de ser no futuro ou, mais frequentemente, sociedades que não protegem alguns interesses, mas os transformam em direitos no futuro. A rigor, o mais comum, nos tempos modernos, é que os ordenamentos jurídicos se expandam e passem a incorporar direitos que não estavam protegidos no passado. Com isso, o Direito vem se tornando um sistema social cada vez mais presente na vida das pessoas.

> **Exemplo prático:** até 2005, o interesse relativo à fidelidade conjugal era protegido pelo direito penal no Brasil. O art. 240 do Código Penal considerava crime a prática de adultério. Em 2005, esse artigo foi revogado. É claro que a maioria dos casais continua achando que a fidelidade conjugal é um valor importante, mas o legislador acha que ele não é importante o bastante para acarretar a possibilidade de sanção penal, que era de 15 dias a 6 meses de detenção.

Os direitos passíveis de serem atribuídos a alguém são denominados **direitos materiais** ou direitos substanciais, ou ainda, direitos substantivos. As normas que criam esses direitos são chamadas de normas substantivas. São esses direitos que compõem o nosso patrimônio, a nossa personalidade etc. Vida, liberdade, propriedade, são todos direitos materiais.

> **Reflexão:** embora pareça simples, a frase "alguém tem direito a alguma coisa" é, na verdade, muito complicada. Há muitas divergências, entre os pensadores, sobre o que significa dizer que alguém "tem direito". Amílcar de Castro, ex-professor da Universidade Federal de Minas Gerais, faz um interessante resumo de duas das principais vertentes desse pensamento:

> [...] a respeito da contraposição do direito ao fato, há dois modos de pensar irremediavelmente incompatíveis, absolutamente inconciliáveis. Para um lado, a orientação clássica, no sentido de que o chamado direito objetivo incide diretamente nos fatos, e os vai regendo, desde antes de serem oficialmente apreciados pela autoridade jurisdicional incumbida de manter a ordem jurídica; e, como resultado disso, as pessoas, no curso da vida quotidiana, vão extrajudicialmente adquirindo direitos subjetivos, ou vão cometendo crimes, violando as leis porque estas estão atuando incessante e automaticamente. Para outro lado, a direção realista, no sentido de que o chamado direito objetivo, critério oficial de apreciação jurídica dos fatos, não tem eficácia automática. Conquanto seja, a todo momento, potencialmente eficiente, nunca chega a ser realmente eficaz, senão por intermédio da autoridade jurisdicional, pois o Estado só garante, como direito, por execução *manu militari*, a decisão judicial[1].

Assim, há quem diga que o direito é preexistente à decisão judicial e, portanto, que todos nós temos direito à vida mesmo que não haja nenhum juiz para decidir isso, bem como há quem diga que o direito é apenas a afirmação pública de que um fato, quando ocorrer, será julgado de uma determinada forma. Amílcar de Castro adotava essa segunda concepção. Para ele,

> não há direito verdadeiro, sem juiz que o aplique. É que o direito não está nos fatos, mas na apreciação dos fatos; apreciação esta feita e garantida oficialmente por uma autoridade, em se tratando de direito positivo de sociedade estruturada em subordinação. [...] direito, propriamente dito, é o que emana da decisão judicial; direito subjetivo o que é eficazmente por esta garantido, direito objetivo o que foi no julgamento efetivamente utilizado. Antes da decisão judicial, a respeito de direito o que há, por parte do governo, como representante do povo, é promessa de apreciar os fatos de certo modo, ficando aos particulares a esperança de que essa promessa seja cumprida.[2]

Por outro lado, algumas outras normas não criam direitos para ninguém. Elas estabelecem métodos para solucionar conflitos que surgem em relação aos direitos materiais. Essas normas são chamadas de direito adjetivo ou normas adjetivas. As regras processuais, de modo geral,

---

1 CASTRO, Amílcar de. O direito no âmago da sentença. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 12, p. 175-187, 1961.

2 CASTRO, Amílcar de. O direito no âmago da sentença. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 12, p. 175-187, 1961.

são normas adjetivas. Elas nos dizem de que forma os conflitos jurídicos emergentes na sociedade serão resolvidos.

Essa subdivisão é feita aqui pela sua utilidade ao presente estudo. Os teóricos do direito criam muitas outras classificações das normas jurídicas, que exercem papel importante se o estudo do Direito tiver outro foco. Herbert Hart, por exemplo, diferencia as normas em primárias e secundárias. As primárias são aquelas que exigem uma conduta e as secundárias são aquelas que permitem reconhecer as primárias, definir quais normas têm caráter jurídico[3]. Miguel Reale, em sua teoria tridimensional do Direito, propõe a análise do fenômeno jurídico como fato, valor e norma[4]. Para as nossas atuais finalidades, basta compreender que **as normas processuais servem para solucionar conflitos, que surgem na sociedade, relativamente aos direitos materiais**. Como diz Cândido Rangel Dinamarco, "as normas processuais entram em operação quando algum sujeito, lamentando ao Estado-juiz um estado de coisas que lhe desagrada e pedindo-lhe uma solução favorável mediante invocação do direito material, provoca a instauração do processo"[5].

Os tipos de sanção que a ordem jurídica impõe para garantir o cumprimento de normas de direito material variam. Há sanções penais, decorrentes da violação das normas que definem crimes; sanções civis, decorrentes das normas que impõem obrigação de reparar ou de indenizar, caso sejam violadas; e sanções administrativas, que são aquelas que impõem multas ou penalidades decorrentes do comportamento a elas contrário.

As sanções penais são impostas por intermédio do processo penal, que é regido pelo Decreto-Lei 3.689/41. As sanções administrativas, tais como as multas de trânsito, são impostas por intermédio de processos administrativos, que são regulados por leis dos entes federados respectivos (União, estados-membros ou municípios). No âmbito federal, a Lei 9.784/99 é a norma geral do processo administrativo, embora haja regras processuais também em outras normas. Por exemplo, se, em vez de impor uma punição, o objetivo do Poder Público for cobrar um tributo (tal como um imposto ou uma taxa), o processo a ser adotado está descrito

---

3 HART, Hebert. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

4 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.1, 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

no Código Tributário Nacional. A imposição de multas de trânsito segue o Código de Trânsito Brasileiro.

Este livro enfoca o conjunto de normas processuais destinadas a resolver aquilo que chamamos de conflitos civis e, por derivação, normas de processo civil ou de direito processual civil. O âmbito do processo civil, no entanto, não se define positivamente, mas por exclusão. **Para todo conflito em que não existir uma regra processual própria, serão aplicáveis as regras de processo civil**. Além disso, **para todo conflito em que existirem regras processuais próprias, mas elas não forem capazes de prover uma solução adequada, serão aplicáveis as regras de processo civil**. A esse fenômeno denominamos **aplicação subsidiária do processo civil**.

Ressalte-se: não existe uma definição unívoca do que seja um conflito civil, nem das situações em que se aplica o processo civil. Não se deve pensar que o Código de Processo Civil (CPC) só se aplica aos casos que envolvem Direito Civil. Pelo contrário. Muitos casos que envolvem outros ramos do Direito (tributário, administrativo, ambiental) também serão tratados por normas de processo civil. O Direito penal, por exemplo, resolve seus conflitos por intermédio do Código de Processo Penal. No entanto, tudo aquilo que o CPP não trata minuciosamente será resolvido pelo CPC, aplicado para preencher essa lacuna.

No século XVIII surgiu uma frase (frequentemente atribuída a Benjamim Franklin), que dizia que na vida tudo é incerto, salvo a morte e os impostos. O que o texto acima nos demonstra é que, para o estudante de Direito, tudo é incerto, salvo o Processo Civil. Ainda que você pretenda especializar-se em outra área, que tem normas processuais próprias, precisará conhecer o processo civil para aplicá-lo subsidiariamente.

1 – Direito Processual é o conjunto de normas jurídicas que regula a resolução de conflitos, por intermédio do exercício da Jurisdição pelo Estado.

2 – Direito Processual Civil é o conjunto de normas que regula a solução de conflitos civis.

3 – O Direito Processual Civil também é aplicável a todos os conflitos para os quais exista norma processual específica que não contenha a solução que se busca, sendo esta a aplicação subsidiária do processo civil.

2. CONFLITOS INDIVIDUAIS E CONFLITOS COLETIVOS

É comum que as pessoas imaginem que a maior parte dos conflitos nos quais se envolvem são individuais. São conflitos aos quais a clássica doutrina civilista se referia como "Caio contra Tício" ou "Caio contra Mévio".

Isso é verdade, mas é uma meia verdade. É claro que, em várias situações, os problemas jurídicos que emergem na vida das pessoas só dizem respeito a elas e a mais ninguém. Todavia, há razões para acreditar que, na atualidade, esses conflitos são a minoria. Como vivemos em uma sociedade capitalista, com economia de mercado, produção e consumo em massa, a maior parte dos nossos conflitos é apenas aparentemente individual. Por trás dessa aparência, todavia, há um conflito coletivo.

> **Exemplo prático 1:** os autores de Direito Civil valorizam muito a nossa liberdade e, com ela, a liberdade contratual. Porém, a maior parte dos contratos que nós fazemos não envolvem um pleno exercício da nossa liberdade. São relações massificadas. Quando você contrata um serviço de internet, de telefone, compra um ingresso para o cinema ou estaciona o seu carro em um estacionamento privado, você não discute as cláusulas contratuais de prestação desses serviços. Elas apenas estão ali e você concorda com elas, pegar ou largar. Por causa dessa restrição ao exercício da liberdade, tanto o Código Civil, quanto o Código de Defesa do Consumidor consideram inválidas muitas dessas cláusulas, contidas nesses contratos (que são chamados contratos de adesão), quando elas são abusivas contra a parte que apenas aderiu.
>
> **Exemplo prático 2:** quando alguém se sente lesado porque comprou um pacote de salgadinhos no qual havia uma "barata – não batata – ondulada e frita" (caso ocorrido no Rio de Janeiro), pode-se imaginar que existe um conflito individual, do consumidor contra a fabricante. Em realidade, essa relação jurídica – compra e venda – se desenvolve de modo massificado. A empresa produz milhares de pacotes e não sabe quem compra cada um. Isso significa que a existência dessa contaminação não foi algo pensado para estragar o dia daquele consumidor, mas, provavelmente, envolve todo aquele lote de fornecimento. Assim, por trás de um processo individual – consumidor de barata X produtor de batata – há, em verdade, um conflito coletivo – conjunto de consumidores indeterminados que compraram pacotes de batatas contaminados X produtor de batata.

Os tribunais brasileiros divergem sobre o cabimento de indenização para quem encontra baratas ou qualquer outra coisa nojenta em alimentos. Há decisões no sentido de que, se você não comeu a barata, não cabe indenização. Observe: "O dano moral não é pertinente pela simples aquisição de refrigerante com inseto, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido, por se encontrar no âmbito dos dissabores da sociedade de consumo" (STJ, REsp 747.396-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 9/3/2010)[6].

Tempos depois, o mesmo Superior Tribunal de Justiça concedeu in-denização a uma pessoa que encontrou uma barata no leite condensado, porque, ao que parece, ela comeu parte do leite condensado com barata:

> Trata-se de REsp em que a controvérsia reside em determinar a responsabilidade da recorrente pelos danos morais alegados pelo recorrido, que afirma ter encontrado uma barata no interior da lata de leite condensado por ela fabricado, bem como em verificar se tal fato é capaz de gerar abalo psicológico indenizável. A Turma entendeu, entre outras questões, ser incontroverso, conforme os autos, que havia uma barata dentro da lata de leite condensado adquirida pelo recorrido, já que o recipiente foi aberto na presença de testemunhas, funcionários do Procon, e o laudo pericial permite concluir que a barata não entrou espontaneamente pelos furos abertos na lata, tampouco foi através deles introduzida [...] Por outro lado, consignou-se que a indenização de R$ 15 mil fixada pelo tribunal *a quo* não se mostra exorbitante. Considerou-se a sensação de náusea, asco e repugnância que acomete aquele que descobre ter ingerido alimento contaminado por um inseto morto, sobretudo uma barata, artrópode notadamente sujo, que vive nos esgotos e traz consigo o risco de inúmeras doenças. Note-se que, de acordo com a sentença, o recorrente já havia consumido parte do leite condensado, quando, por uma das pequenas aberturas feitas para sorver o produto chupando da própria lata, observou algo estranho saindo de uma delas, ou seja, houve contato direto com o inseto, o que aumenta a sensação de mal-estar. Além disso, não há dúvida de que essa sensação se protrai no tempo, causando incômodo durante longo período, vindo à tona sempre que se alimenta, em especial do produto que originou o problema, interferindo profundamente no cotidiano da pessoa (REsp 1.239.060-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10/5/2011).

---

[6] Não se preocupe, por enquanto, em entender todos esses nomes de tribunais e de recursos. Isso virá com o tempo. Apenas para que você vá se familiarizando com eles: STJ é o Superior Tribunal de Justiça. REsp é um dos principais recursos que ele julga, chamado Recurso Especial. Faremos diversas notas, daqui por diante, com o objetivo de familiarizá-lo com a terminologia jurídica.

Mais recentemente, o STJ decidiu, em outro caso, que pode haver indenização mesmo que você não coma o produto:

> A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral (REsp 1.424.304-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/3/2014).

O "corpo estranho", no caso, era uma lagartixa e o "gênero alimentício", uma garrafa de refrigerante.

Assim, em uma sociedade em que a produção e o consumo se fazem em massa, conflitos coletivos, que dizem respeito a muitas pessoas, podem ser refletidos em processos individuais. Isso gera um fenômeno muito importante chamado "litigância de massa" ou "litigância repetitiva", que é a existência de muitos processos individuais tratando do mesmo problema.

O fenômeno da litigância repetitiva é dos mais relevantes para a compreensão da situação presente do Poder Judiciário. Como o Brasil criou, sobretudo a partir dos anos 1990, muitas faculdades de Direito, nós temos muitos advogados e o serviço de advocacia é acessível a custo baixo, quando comparado com outros países. Isso faz com que, mesmo quando um conflito social seja coletivo – ou seja, afete muitos indivíduos de modo idêntico ou similar – as pessoas prefiram procurar um advogado particular e processar a sua própria causa. O processo individual tende a ser, naturalmente, mais rápido e simples, porque só resolve uma pequena parcela do conflito. Com isso, a opção individual é, em regra, para aque-la pessoa, mais vantajosa, embora, para a sociedade, ela seja muito pior, dada a sobrecarga desnecessária que gera no Poder Judiciário. Há diversos casos em que existem ações de natureza coletiva e, ao mesmo tempo, milhares de ações individuais. Há alguns casos em que um único conflito gerou, no Judiciário, mais de um milhão de processos individuais.

O direito processual civil, contido no Código de Processo Civil, foi especialmente pensado para lidar com conflitos individuais, relativos a direitos que, via de regra, pertencem às pessoas que estão participan-do do processo, como autoras ou rés. Então, o CPC cuida, em regra, de processos individuais, relativos a direitos individuais. O Código também contém técnicas para tratar da litigância repetitiva, estabelecendo mecanismos para tomada de decisões padronizadas, que serão aplicáveis ao conjunto de processos individuais. Essas técnicas, todavia, acarretam,

por diversas razões que ainda discutiremos, soluções menos apropriadas do que as que seriam viáveis em um processo coletivo.

Porém, nem todos os direitos são individuais. Há direitos que não podem ser apropriados ou litigados individualmente. A ordem jurídica os reserva para serem processados coletivamente. É o caso, por exemplo, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da Constituição). Embora ele pertença à sociedade, ninguém, individualmente, é dono do meio ambiente e, por isso, o ordenamento jurídico cria um sistema processual específico para processar as causas a ele relacionadas. Esse sistema processual está regulado em diversas leis, que são chamadas de microssistema processual coletivo. Não há um código. As principais normas são a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor, nos seus arts. 81 a 104[7].

Nesse contexto dos conflitos coletivos, há também aqueles que denominamos de estruturais, os quais não derivam de um ato isolado, mas sim do modo como uma estrutura burocrática, pública ou privada, ope-ra na sociedade. Com o tempo, essa operação imprópria passa a causar problemas para diversas pessoas, os quais só podem ser resolvidos com uma intervenção sobre o funcionamento da entidade. Essa intervenção é o tema do processo estrutural, uma subespécie de processo coletivo que pretende modificar, de modo progressivo e duradouro, o funcionamento dessas estruturas sociais causadoras de conflitos. O processo estrutural não tem expressa previsão legal, mas vem sendo amplamente abordado em escritos doutrinários[8].

> **Exemplo prático**: a Constituição garante, no art. 205, o direito de toda criança de zero a três anos ser matriculada em creches. No entanto, os municípios do país não têm vagas para todas as crianças. Esse é um conflito coletivo: não é que não exista vaga para a criança Daniel ou para a criança

---

7 Esta obra não trata, de modo geral, de processo coletivo. Caso você se interesse pelo assunto, procure as obras seguintes: ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 3 ed. São Paulo: RT, 2021. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: RT, 2019. Esta obra recebeu, em 2019, o prêmio Mauro Cappelletti, atribuído pela International Association of Procedural Law, a cada quatro anos, ao melhor livro sobre processo do mundo. É a única obra escrita por um autor brasileiro, ou editada no Brasil, a receber esse prêmio.

8 Ambos os autores deste livro já escreveram sobre processo estrutural. Ver VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural*: teoria e prática. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2021 e ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo e JOBIM, Marco Félix. *Curso de Processo Estrutural*. São Paulo: RT, 2021.

> José. Não há vaga para nenhuma criança. Além de ser coletivo, esse é um conflito estrutural, porque ele não surge de um ato específico e isolado, mas sim do modo como, ao longo dos anos, o orçamento municipal deixou de ser direcionado para essa finalidade. Logo, para resolver esse conflito, há necessidade de se fazer uma ampla discussão, de natureza coletiva, na qual se diagnostiquem as razões da inexistência de vagas, cogitem-se as possíveis soluções, planeje-se e implemente-se, para o futuro, medidas graduais para sanar a deficiência. Afinal, vagas em creches não surgem do ar. Elas dependem de concursos públicos para contratar educadores, licitações públicas para construir prédios e adquirir insumos etc.
>
> Porém, a interpretação que o Judiciário faz, atualmente, da garantia de acesso à justiça do art. 5º, XXXV, da Constituição, permite que os pais de José e de Daniel ajuízem ações individuais para pedir que seus filhos sejam matriculados em creches. Em 2022, o STF reafirmou esse direito individual. Assim, é claro que esses pais são estimulados a litigar individualmente, para resolver o seu próprio problema, em vez de esperar que a solução venha para todos os interessados, o que pode demorar. Mas e as outras pessoas, que não ingressaram em juízo? Continuam aguardando. É evidente que essa situação cria um grande incentivo para que todos litiguem, originando a litigância repetitiva. Temos, hoje, milhares de ações, em todo o país, pedindo vagas em creche para uma criança. Além disso, esse cenário pode levar a uma distorção bastante injusta: como apenas quem ingressa em juízo acaba sendo beneficiado, é imposto um prejuízo àqueles que não propõem qualquer medida judicial. E é fácil notar que, normalmente, essa posição será ocupada exatamente pelas pessoas mais pobres ou vulneráveis.

Assim, é preciso que fique muito claro que o tipo de conflito social nem sempre corresponde ao tipo de processo, ou seja, o perfil que o conflito tem, no meio social, nem sempre será refletido no modo como ele é processado, no sistema judicial.

Quadro resumo: tipos de conflitos, tipos de processos e suas regras		
Conflito individual: relações travadas entre pessoas, de forma não massificada, dependente das peculiaridades da situação.	**Processo individual**: autor e réu discutem as suas próprias relações, buscando uma solução, amigável ou não, para o conflito	**Regras**: Constituição, Código de Processo Civil

Quadro resumo: tipos de conflitos, tipos de processos e suas regras		
Conflito coletivo: relações envolvendo grupos de pessoas, que tem um interesse comum a todas elas, afetado de forma razoavelmente uniforme.	**Processos individuais**: cada pessoa tenta resolver apenas os efeitos do conflito sobre si, independentemente da situação coletiva. **Processo coletivo**: busca a solução para o grupo como um todo.	**Regras**: **Se o processo for individual**: Constituição, Código de Processo Civil. **Se o processo for coletivo**: Constituição, Lei 7.347/1985; Código de Defesa do Con-sumidor; Código de Pro-cesso Civil.
Conflito estrutural: relações envolvendo grupos de pessoas, cujas causas são múltiplas e sistêmicas, derivadas do modo como uma estrutura social opera.	**Processos individuais**: cada pessoa tenta resolver apenas os efeitos do conflito sobre si, independentemente da situação coletiva. **Processo coletivo**: busca a solução para o grupo como um todo. **Processo estrutural**: busca a solução para o grupo, mediante alteração, gradual e para o futuro, do modo como a estrutura opera.	**Regras**: **Se o processo for individual**: Constituição, Código de Processo Civil. **Se o processo for coletivo**: Constituição, Lei 7.347/1985; Código de Defesa do Consumidor; Código de Processo Civil. **Se o processo for estrutural**: Constituição, Lei 7.347/1985; Código de Defesa do Consumidor; Código de Processo Civil; entendimentos doutrinários.

3. A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS É UMA QUESTÃO CULTURAL

Pelos tópicos anteriores já é possível perceber que a existência de conflitos é uma realidade social. Por outro lado, é também interessante perceber, desde já, que há um outro aspecto que possui a mesma natureza e que é de extrema importância para o direito processual civil: a maneira escolhida em determinada sociedade para que tais conflitos sejam solucionados.

Para explicar de forma didática essa questão, consideramos possível estabelecer brevemente que o processo civil é uma questão **cultural**. Esse raciocínio é facilitado por meio de algumas perguntas bastante claras: por qual motivo diferentes países apresentam formas também distintas

CAPÍTULO 3

A TEORIA DA AÇÃO

1. ADVERTÊNCIA INICIAL

Ao longo dos próximos capítulos, trataremos dos três grandes conceitos que embasam a ciência processual civil: **ação**, **processo** e **jurisdição**. Esses conceitos são altamente polêmicos e há livros inteiros escritos sobre eles. Somente sobre o conceito de ação, Guilherme Rizzo Amaral aponta que Pekelis levantou 35 concepções distintas[1]! A proposta deste capítulo não é dar conta de toda essa complexidade, mas apenas fornecer ao leitor um conhecimento operacional desses conceitos, que permita a compreensão adequada dos demais institutos processuais. Assim, quem quiser se enveredar pelos debates que cercam esses temas, terá uma vasta gama de fontes e de questões para as quais ainda não há respostas definitivas.

2. AÇÃO: CONCEITO FUNDAMENTAL

Quando nos referimos ao conceito de ação, estamos falando de um aspecto amplamente admitido em nosso processo como um direito. Assim como as pessoas têm direito à vida, à integridade física etc., elas teriam o direito de ação. A noção básica que temos do direito de ação é que ele constitui o direito de pleitear do Estado, representado pelo juiz, a tutela de um direito material[2].

Com esse conceito básico em mente, podemos entender um pouco da história do conceito de ação e complementar os seus elementos.

---

1 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica em Torno da "Ação de Direito Material".* Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, 2005.

2 A obra principal do autor é: SAVIGNY, Carl Friederich von. *Sistemas do Direito Romano Atual*. Porto Alegre: Editora Unijuí, 2004.

2.1 Ação na teoria imanentista de Savigny

A teoria imanentista, de Carl Friederich von Savigny, representa a pré-história do conceito de ação. Para ele, a ação seria apenas uma metamorfose do direito material. Isso significa que o direito de ação seria apenas uma transformação pela qual o direito material, seja ele qual for, passa quando é violado. O direito de ação seria o próprio direito material em estado de reação a uma violação. Assim, não há ação sem direito nem direito sem ação. O direito de ação é imanente ao direito material.

> **Exemplo prático:** isso significa, por exemplo, que, se alguém tem um carro e outra pessoa lhe priva da posse desse carro, o direito à posse se transforma em direito de ação e permite que aquele indivíduo busque a reparação pela privação que sofreu. O direito de ação é o direito material em estado de reação à violação sofrida.

Com o tempo, percebeu-se que esse conceito não era suficiente. Direito de ação e direito material são coisas diferentes. Para começar, o direito material se volta contra o devedor. É ele que deve pagar, fazer, entregar uma coisa etc. Mas o devedor não tem que prestar o direito de ação. A prestação que decorre do direito de ação é devida pelo Estado. É ele que tem que organizar as suas atividades para permitir que o processo se desenvolva.

Além disso, a teoria de Savigny foi desenvolvida no contexto do Direito Civil, pensado para conflitos estritamente privados. Com isso, ela tem dificuldades com situações mais delicadas, como é o caso de pretensões relacionadas a direitos fundamentais sociais, nos quais não há, propriamente, uma violação, mas a demanda pela implementação de um direito. Pense no art. 196 da nossa Constituição, que afirma que todos têm direito à saúde. É claro que o Estado não dá saúde a quem está doente, o que ele faz é organizar uma série de serviços de atendimento médico preventivo e curativo. Mas quantos serviços precisam existir? E quais especialidades devem estar disponíveis. Se o Sistema Único de Saúde não fornece, por exemplo, musicoterapia, o meu direito à saúde estará violado? Perceba como o conceito de violação, nesse contexto, é mais sutil e menos apropriado do que alguém que compra algo em uma loja e não paga o valor devido.

Finalmente, o problema mais sério para essa teoria é que hoje sabemos, empiricamente, que é possível ter direito de ação sem ter direito material. É possível processar alguém sem nunca ter tido o direito que se afirma ter na petição inicial. É o que acontece nas hipóteses, extremamente comuns, em que a pretensão do autor é considerada improcedente: o direito material não é reconhecido, mas a ação existiu.

Quando alguém propõe uma ação, ele afirma que possui um direito, que pode ou não existir. Mesmo assim, o estado vai se mobilizar para processar esse pleito de um suposto direito e chegar a uma conclusão – e só então saberemos que o direito material não existe. Mas o autor terá tido direito de ação, qualquer que seja o resultado. A teoria imanentista é incapaz de explicar isso.

2.2 Teoria concreta da ação

A teoria concreta é decorrente de um debate entre dois autores alemães, Bernhard Windscheid e Theodor Muther, em meados do século XIX.[3] O contexto do debate era o direito de ação no processo romano, comparado com o direito germânico vigente naquele momento, o que não nos interessa muito aprofundar. O importante é que, a partir desse debate, ficou claro que a ação e o direito material estão em planos distintos, isto é, que é possível conceber o direito de ação de modo distinto do direito material. Ficou claro, com isso, que o direito de ação é exercido contra o Estado e o direito material contra o réu.

O problema dessa teoria é que ambos os autores estabeleciam uma relação entre o direito de ação e o direito material. Apesar de eles serem direitos diferentes, só teria direito de ação quem fosse, de fato, detentor do direito material. Assim, o exercício do direito de ação só ocorreria se, ao final do processo, o pedido do autor fosse julgado procedente. É por isso que ela é denominada teoria concreta. O direito de ação ainda está ligado ao direito material.

Ocorre que, conforme estabelecido no item anterior, o direito de ação não é parte do direito material, mas também não é dele dependente. Assim, apesar de constituir um passo adiante, a teoria concreta também não explica a relação entre direito de ação e direito material tal como a entendemos hoje. É possível ter direito de ação sem ter direito material.

> **Exemplo prático:** imagine que determinado sujeito ingressa com uma medida indenizatória em face da loja que lhe vendeu determinado produto, alegando que a cobrança realizada em seu cartão foi excessiva. Nessa hipótese, o sujeito se afirmaria titular de um direito material (creditício) e, para perseguir sua proteção, ingressaria em juízo. Suponha, porém, que, após anos de tramitação, a medida é julgada improcedente. Nesse caso,

[3] Sobre o tema ver, por exemplo, WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Buenos Aires: EJEA, 1974.

> por não haver direito material, o discurso concretista levaria à conclusão de que não houve exercício de direito de ação. Porém, sendo assim, o que teria ocorrido? Por qual motivo o Judiciário teria se pronunciado? A teoria concreta não permite que se explique tudo aquilo que aconteceu quando um processo tramita mas, ao final, conclui que o autor não tem o direito material que afirmava ter no momento do ajuizamento.

Adolf Wach deixou esse problema claro no final do século XIX. Ele percebeu que o ordenamento jurídico admitia (e o nosso também admite) que o autor proponha uma ação declaratória negativa, ou seja, uma ação para declarar que não existe uma determinada relação de direito material. Ora, se a ação é para declarar a inexistência de qualquer direito, então é porque o direito de ação não está, necessariamente, vinculado a direito material algum.[4]

De fato, o CPC estabelece:

> Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:
>
> I – da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;
>
> II – da autenticidade ou da falsidade de documento.
>
> Art. 20. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

A ação declaratória é a ação utilizada para esclarecer uma dúvida juridicamente relevante. Ocorre que essa dúvida pode ser apenas quanto à inexistência de uma relação jurídica.

> **Exemplo prático:** suponha que os dados pessoais de Antônio foram utilizados para abrir uma conta telefônica junto a uma empresa de telefonia. Antônio proporá uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica contra essa empresa. Sua pretensão é que o juiz esclareça que ele não tem relação jurídica alguma com ela. Essa pretensão é possível ainda que, paradoxalmente, ela se fundamente na inexistência, não na existência de um direito.

Apesar dessa percepção, Wach ainda era um dos autores que condicionava a existência da ação ao reconhecimento do direito material

---

4 WACH, Adolf. *La pretension de declaracion:* un aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1962.

ao final do processo. Só mais tarde ficaria claro que é perfeitamente possível que alguém tenha direito de ação sem que nunca tenha tido direito material.

2.3 Teoria abstrata da ação

A teoria abstrata foi a explicação sobre o direito de ação que predominou na maior parte do século XX. Ela parte da percepção de que o julgamento de improcedência, ao final do processo, não pode ser capaz de desfazer a atividade que o Estado desempenhou ao longo de toda a atividade processual. Em outras palavras, a existência ou inexistência do direito de ação não pode ficar dependente de um evento (a sentença) que só acontece depois que o próprio direito de ação já foi exercido.

Assim, para a teoria abstrata, ação é o direito de provocar a jurisdição e dela obter uma resposta, seja qual for. Como afirma Calmon de Passos, "*direito de ação é o direito à jurisdição, direito concedido ut civis, abstraindo-se da existência ou inexistência de qualquer direito material*"[5]. O direito de ação é exercido contra o Estado. É ele quem deve prover um mecanismo processual adequado para avaliar as pretensões do autor.

Nesse sentido, Eduardo Couture, processualista uruguaio, afirma que o direito de ação nada mais é que uma modalidade de direito de petição[6]. O direito de petição é o direito de pedir a manifestação do Estado sobre um tema, o qual, na nossa Constituição, está previsto no art. 5º, XXXIV. O direito de ação seria apenas uma modalidade específica do direito de petição, em que se pede a manifestação do juiz (que também é Estado), sobre um tema específico (o direito material que o autor afirma ter). Pouco importa a resposta que será dada. O fato de alguém ter o direito de provocar a jurisdição significa que ele tem direito de ação.

É por isso que o direito de ação é abstrato. Ele não é condicionado a nenhum requisito específico. O CPC prevê diversos requisitos para que o processo se desenvolva, progrida e chegue a uma sentença de mérito. Mas ele não prevê requisito algum para que o processo seja iniciado. Pode ser que o juiz extinga o processo imediatamente, por nele encontrar

---

5 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 20.

6 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Conceito, 2008.

todos os erros possíveis. Mas o simples fato de alguém poder obter uma resposta do juiz significa que ele já teve direito de ação. Os requisitos, portanto, são para se obter uma sentença de mérito, não para se exercer o direito de ação.

Esse conceito nunca foi superado. Hoje, praticamente todos concordam que o direito de ação é o direito de provocar a jurisdição e que ele independe de o autor ter ou não o direito material que afirma ter. O direito de ação deriva diretamente do texto do art. 5º, XXXV, da Constituição e socorre a todos os que afirmam ter sofrido uma lesão ou ameaça a direito.

Apesar de ser, de modo geral, correta, essa concepção tem dois problemas: primeiro, ela separa totalmente o estudo do processo das necessidades do direito material. Ao longo do século XX, os processualistas passam a estudar o processo como se ele bastasse em si mesmo. O caráter científico dos seus institutos, as suas etapas, tudo foi sendo desenvolvido sem levar em conta se os resultados dessas construções sobre o direito material eram bons ou ruins. A morosidade, por exemplo, era um problema que pouco interessava a esses autores. A questão era o caráter científico do processo. O segundo problema é que essa concepção não se importa com o que acontece depois que a ação é proposta, ou seja, depois da apresentação da petição inicial. Para a teoria abstrata, apresentada a inicial, exercido está o direito de ação. Com isso, ela é incapaz de dar uma resposta teórica para alguns fenômenos que dependem do resultado do processo. Foi esse problema que a próxima concepção pretendeu resolver.

2.4 Teoria eclética

Enrico Tullio Liebman desenvolveu uma teoria da ação com a qual pretendia estabelecer um elo entre as teorias abstrata e concreta e, com isso, tentar fazer com que uma suprisse as deficiências da outra. Essa teoria é importante, além de seu conteúdo, por uma razão particular: Liebman, nascido na Ucrânia e radicado na Itália, emigrou para o Brasil na época da Segunda Guerra Mundial, tornando-se professor da USP. Com isso, ele foi professor de uma série de juristas brasileiros, entre os quais Alfredo Buzaid, que viria a ser o Ministro da Justiça responsável pelo CPC anterior, de 1973. Por essa razão, diversos elementos do pensamento de Liebman foram incorporados ao nosso CPC antigo e, via de consequência, influenciaram o atual.

Liebman aceitava que o direito de ação era abstrato, mas não aceitava que ele fosse totalmente abstrato. O direito de ação, "*em seu significado verdadeiro*", só era titularizado por quem tivesse o direito ao julgamento do mérito, que é a análise do conflito de direito material apresentado ao juiz. E, para ter direito ao julgamento do mérito, esse autor precisava satisfazer algumas condições, que ele denominou condições da ação. Repare: essas condições são condições para o julgamento do mérito, mas, para Liebman, o julgamento do mérito era o que caracterizava o exercício pleno do direito de ação. Daí o nome, condições da ação.

Talvez você esteja se perguntando: mas o juiz não analisa sempre o conflito que as partes levam a ele? A resposta é: não. Para resolver o conflito, o juiz precisa verificar que certas condições estão cumpridas. Se elas não estiverem, o resultado será a **extinção sem julgamento de mérito**, ou seja, uma situação em que o processo acaba, mas o conflito fica sem decisão. Para Liebman, nessas situações de extinção sem julgamento de mérito, não há "verdadeiro" exercício do direito de ação.

De acordo com Liebman, essas "condições da ação" seriam analisadas no estado em que foram afirmadas pelo autor – ou seja, de acordo com a petição inicial. Elas mostrariam uma espécie de aptidão do pedido para ser julgado, o que, na teoria dele, significava que o autor tinha direito de ação. Note: não significa que o autor tem o direito material. Significa apenas que ele fez um pedido que pode ser julgado procedente ou improcedente. Se essa aptidão está ausente, o processo seria extinto sem julgamento do mérito.

> **Reflexão:** a explicação aqui trazida pode ser bem entendida a partir da própria definição trazida por Liebman. Em seus dizeres:
>
> > "[...] no seu significado pleno e verdadeiro, a ação não compete de fato a qualquer um e não possui conteúdo genérico. Ao contrário, ela se refere a uma *fattispecie* determinada e exatamente individuada, e é o direito de obter que o juiz sentencie a seu respeito, formulando (ou atuando) a regra jurídica especial que a governa. Ela é, por isso, condicionada a alguns requisitos que devem ser verificados em cada caso, preliminarmente"[7].

[7] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1985.

Inicialmente, Liebman desenhou três condições: legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Depois, ele eliminou a terceira. Essa teoria é importante porque o CPC de 2015 contém a seguinte disposição:

> CPC, Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

Assim, embora a teoria de Liebman não tenha sido adotada pelo CPC atual, as condições da ação, por ele propostas, sobreviveram. Há, é claro, um grande debate acadêmico que ressalta que essas condições não são da ação, mas sim do julgamento do mérito – bem como divergências sobre o seu enquadramento na teoria do processo. De todo modo, o que interessa, no momento, é compreender que, como dizia Liebman, quem não demonstra interesse e legitimidade (e ainda vamos detalhar o que isso significa, mais adiante), não tem direito a uma decisão de mérito. O processo vai acabar, mas o conflito não será decidido pelo juiz.

Além disso, como a teoria eclética se preocupa com o resultado do processo, ou seja, em diferenciar a situação em que há julgamento de mérito daquela em que não há, ela permite explicar algo que a teoria abstrata pura não explicava: o motivo pelo qual o direito de ação só pode ser exercido uma vez quando há julgamento de mérito, mas pode ser exercido diversas vezes enquanto não houver julgamento de mérito. É que, na visão de Liebman, enquanto o mérito não foi julgado, não houve "verdadeiro" exercício do direito de ação.

Perceba que a teoria eclética é, de fato, um pouco mais complexa que as anteriores. Por isso, antes de seguir adiante, considere o seguinte resumo:

RESUMO

Teoria Eclética da Ação (Liebman)

1. Todo processo pode ter dois possíveis fins: a) ou ele é extinto sem julgamento de mérito, o que significa que o processo acaba, mas o juiz não decide o conflito que existe entre as partes, porque há um defeito no processo que o impede de fazê-lo, b) ou o processo é extinto com julgamento de mérito e o juiz analisa aquilo que o autor pediu, julgando procedente, improcedente ou parcialmente procedente o pedido.

2. Para a teoria concreta, só tem direito de ação quem tem direito material, ou seja, quem obtém um julgamento de procedência parcial ou total.

3. Para a teoria abstrata, pouco importa o resultado do processo. Uma vez que a pessoa apresente a petição inicial, ela já exerceu o direito de ação.

4. O defeito que Liebman verificou na teoria abstrata é o seguinte: na vida real, quando não há julgamento de mérito, o autor pode propor a mesma ação novamente. Por outro lado, quando há julgamento de mérito, forma-se a **coisa julgada**, o que significa que a mesma ação não pode ser proposta de novo. A teoria abstrata não explica isso, como bem percebeu Liebman. Como ela não se preocupa com o resultado do processo, ela não é capaz de explicar, teoricamente, algo que é verdadeiro na prática: há situações em que o direito de ação só pode ser usado uma vez (quando há julgamento de mérito), mas também há situações em que ele pode ser usado mais de uma vez (quando não há julgamento de mérito).

5. A explicação de Liebman para esse fenômeno foi ajustar a teoria abstrata da ação para trazer de volta, com adaptações, um pedaço da concreta e dizer que, quando há extinção sem julgamento de mérito, não houve exercício "verdadeiro" (nas palavras dele) do direito de ação.

6. O problema da teoria de Liebman é que, justamente por ser eclética, ela merece tanto as críticas que fizemos à concreta quanto à abstrata. A teoria eclética não é capaz de justificar teoricamente a atuação do Judiciário quando não há julgamento de mérito nem é capaz de corrigir a falta de cuidado com o direito material da teoria abstrata.

2.5 Teoria instrumental da ação

A teoria instrumental é a teoria sobre o direito de ação que normalmente se afirma ter sido adotada pelo CPC de 2015 (embora haja controvérsias). Essa teoria aceita que o direito de ação é abstrato, ou seja, aceita que ele independe da existência do direito material, mas acrescenta que ele é instrumental à realização do direito material. Isso significa que a ação não é um fim em si mesmo e, por isso, é necessário que ela seja estudada no contexto de sua adequação ou inadequação para realizar o direito material pretendido pelo autor. Afinal, ninguém quer direito de ação. O que o autor quer é a prestação material que lhe foi, na vida real, negada pelo réu.

Disso decorrem importantes consequências. A mais significativa é que percebemos que o direito de ação não se esgota com a apresentação da petição inicial, com a propositura da demanda. Para que o direito de ação seja, de fato, concretizado, o Estado precisa dar ao autor um processo adequado, dotado de técnicas processuais aptas a realizar o direito material. Não importa apenas abrir as portas do Judiciário. O direito de

ação se concretiza mediante um processo que seja capaz de realizar o direito material. Com isso, é possível perceber que o direito de ação não é instantâneo, não se esgota com a apresentação da petição inicial. Ele incide sobre todo o andamento do processo, com o propósito de moldá-lo à luz das exigências constitucionais.

Reflexão: Explicando a questão de maneira esclarecedora, Marinoni destaca que:

> [...] o direito de ação não pode ser limitado ao direito de pedir a resolução do mérito. O direito de ação não se exaure com a apresentação da petição inicial e a ação, assim, não é simplesmente proposta, conforme se poderia pensar a partir de uma leitura rápida do CPC.O direito de ação tem diversos corolários, iniciando com o direito de participar adequadamente do processo, mediante a apresentação de alegações e de produção de provas em prazo racional, e de influir sobre o convencimento do juiz. [...] é inquestionável que o direito de ação depende de procedimento adequado, ou seja, da pré-ordenação de técnica antecipatória, de sentenças diferenciadas e de meios de execução diversos. Tudo isto é imprescindível para que o autor possa obter a tutela jurisdicional do direito. De modo que a ação é, indubitavelmente, exercida. A ação é exercida através do procedimento adequado[8].

A segunda consequência é que não basta, para realizar o direito de ação, que o juiz declare o direito, dizendo quem tem razão. É preciso que o Judiciário, mediante um processo justo, adote as providências para entregar ao beneficiário a tutela do seu direito material, de forma adequada, efetiva e tempestiva. Sentenciar e não implementar viola o direito de ação. Implementar de forma inadequada, isto é, de maneira diversa da que o direito material garante, viola o direito de ação. Adotar medidas de implementação não efetivas viola o direito de ação. Implementar o direito depois de muito tempo, em um momento em que ele não é mais útil, viola o direito de ação.

Exemplo prático: suponha que você adquire um veículo junto a determinada montadora, mas, mesmo após pagar o preço devido, não recebe o carro. Imagine que, nessa hipótese, sua pretensão é receber o bem – tratando-se

[8] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2014.

CAPÍTULO 4

A TEORIA DO PROCESSO

1. PROCESSO

Se no capítulo anterior foi visto que a ação é um direito instrumental à realização do direito material, o processo é o instrumento utilizado para a realização do direito de ação, por parte do autor, e do direito de defesa, por parte do réu.

> **Reflexão:** o direito de ação é diferente de outros direitos. O direito de comprar uma coisa, por exemplo, pode ser exercido, em regra, de forma livre. Você pode comprar um livro mediante palavras, ou gestos, ou um clique na internet, ou, até mesmo, por um contrato escrito. O direito de ação não é assim. Ele é como o direito de votar. Você só pode votar utilizando um instrumento específico, que é a digitação do número do seu candidato na urna eletrônica. Outras formas de manifestação do direito de voto não são aceitáveis. O processo é o instrumento para o exercício do direito de ação.

Além disso, o processo não é composto por um ato único, como um contrato, mas sim por uma série de atos, que, encadeados entre si, caminham para uma finalidade. Cada um desses atos é chamado de **ato processual**.

Assim, podemos dizer que **o processo é um conjunto de atos processuais ordenados e encadeados, tendentes a um fim**. Não é apenas o Judiciário que se vale do processo como instrumento para o desenvolvimento dos seus serviços. O Poder Executivo tem processos administrativos para quase todas as suas atividades, do mesmo modo que o Legislativo deve seguir um processo específico para aprovar leis.

> **Reflexão:** uma característica do processo judicial, enfatizada por mais de um autor, é que ele se desenvolve em contraditório, o qual é um elemento muito importante do processo, mas ele não é, exatamente, um diferencial. Há processos judiciais que, excepcionalmente, não se desenvolvem em contraditório (por exemplo, o processo para alteração de nome de uma pessoa), ao mesmo tempo em que os processos administrativos, quando pretendem punir alguém, devem desenvolver-se em contraditório (art. 5º, LV, da Constituição).

De todo modo, é importante lembrar que, sem pormenorizar, o processo desenvolve-se mediante contraditório entre o autor e o réu. Além do contraditório, ele deve ser organizado de maneira a assegurar a todos os litigantes as garantias do devido processo legal. Trata-se de consequência do seu enquadramento constitucional.

1.1 A Natureza do Processo e a Relação Processual

Uma pergunta que tem sido posta pela doutrina, para procurar compreender de maneira mais adequada o direito processual, consiste exatamente na natureza a ser atribuída a esse "processo". Em outras palavras, o problema que se coloca consiste em saber o que ele seria, para, a partir disso, entender sua funcionalidade.

A resposta a essa indagação variou ao longo do tempo. Em determinado momento, anterior ao reconhecimento de autonomia didática à disciplina (como visto no capítulo anterior, dedicado ao estudo da teoria da ação), era comum que o processo fosse entendido como um "contrato" ou um "quase contrato". Nesse sentido, a sua dinâmica envolveria somente as próprias partes, o autor e o réu. Ocorre que, como já mencionamos, o Estado (representado pelo juiz) também integra e exerce um papel decisivo nesse desenho. Assim, olhar para o processo apenas sob o ângulo das partes poderia, no mínimo, corresponder a uma visão bastante míope.

Esse raciocínio foi especialmente superado a partir de 1868, com o estudo realizado por Oskar Von Bülow[1]. O pensamento construído pelo

[1] Trata-se do ano de publicação original da obra do autor denominada *Die Lehre Von den Processeinreden um die Processvoraussetzungen*, em cujo teor há o referente central para a defesa de um direito processual civil autônomo. A obra, traduzida para o idioma espanhol, continua como leitura indispensável para a devida compreensão da disciplina.

autor, descrito usualmente como teoria da "relação jurídica processual", assumiu natureza inovadora e essencial para o desenvolvimento do processo, tanto por reforçar sua autonomia quanto por perceber a presença do ente estatal nesse desenho.

Em uma explicação sumária, foi Bülow quem, ao investigar a resolução de conflitos, constatou a existência de aspectos capazes de conduzir à extinção do litígio sem possuírem relação direta com sua matéria de fundo. Pelo contrário, esses elementos ensejariam o término do processo por razões vinculadas à própria regularidade processual. Seriam, enfim, seus "pressupostos". E foi assim, por lhe atribuir pressupostos próprios, que o autor concluiu que o processo possuiria autonomia face ao direito material. Na base de cada disputa levada a juízo, haveria duas relações diversas, sendo a regularidade da primeira (processual) precedente à resolução da segunda (material).

> **Exemplo prático:** imagine que você propõe uma medida judicial indenizatória, no Brasil, em face de determinado sujeito. Suponha, porém, que, por um equívoco, a petição inicial é inteiramente redigida em inglês e que, mesmo intimado para suprir o vício, você não o corrige. Nesse caso, a consequência natural é que o processo seja extinto. Afinal, todos os atos praticados em nosso processo civil devem ocorrer na língua portuguesa. Perceba, porém, que ao extinguir o processo o juiz nada dirá a respeito da sua pretensão indenizatória. Em outras palavras, o processo terá seu fim por um aspecto que não possui pertinência com a sua verdadeira matéria de fundo. Esse fenômeno é denominado **extinção do processo sem resolução de mérito**.

Do mesmo modo, assim como a validade de um negócio de compra e venda passaria pelo preenchimento de algumas travas preliminares (afetas ao seu *objeto,* à sua *forma* e às suas *partes*), também o processo apresentaria pressupostos *específicos*. Estaria explicado o porquê de determinada demanda de cobrança proposta de maneira insuficiente ser extinta sem qualquer pronunciamento sobre o seu mérito. Apenas com a superação do primeiro filtro seria possível passar ao exame da segunda relação.

Cita-se, BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

Reflexão: esmiuçando a questão, Ovídio Baptista da Silva e Fábio Gomes pontuam que:

> [...] as relações jurídicas que nascem, se desenvolvem e se extinguem no plano extraprocessual são reguladas por regras próprias e pertinentes ao chamado plano do direito material. Uma compra e venda civil, por exemplo, pode operar-se perfeitamente apenas com a participação do comprador e do vendedor e não ser submetida à apreciação jurisdicional, caso dela não surja um conflito de interesses. [...] [Contudo], ao usarmos o mesmo exemplo de compra e venda, podemos imaginar a hipótese de que o comprador pague o preço e não receba a posse do bem objeto do contrato. Proibida a autotutela, deverá o comprador, pela via jurisdicional, propor a respectiva demanda para ser imitido na posse; uma vez proposta esta, surgirá, então, uma segunda relação jurídica, tendo por sujeitos o autor (comprador), o juiz (que é o órgão do Estado) e o réu (vendedor). E esta outra relação jurídica será regulada por regras completamente distintas daquelas que disciplinam a compra e venda posta à apreciação do órgão jurisdicional[2].

Há dúvidas doutrinárias que questionam se a participação no processo gera uma relação entre os sujeitos (autor, juiz e réu), a qual permite que eles exijam, um do outro, determinados direitos e obrigações, ou se isso seria apenas uma situação jurídica derivada da lei, da qual nascem ônus, prerrogativas e responsabilidades, as quais não podem ser associadas diretamente aos conceitos de direitos e de obrigações, que foram pensados para o contexto do direito privado. Há, ainda, quem diga que não é uma relação, mas um feixe de relações[3].

Além disso, é importante perceber que as críticas também costumam dialogar com o fato de essa teoria afastar em demasia o direito processual do direito material, atribuindo ao processo uma neutralidade e uma abstração excessivas. E isso poderia prejudicar os próprios objetivos da disciplina[4].

Reflexão: na doutrina brasileira, essa questão é trazida de maneira contundente por Marinoni, Arenhart e Mitidiero. Para tanto, os autores enfatizam que:

---

2 SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 31.

3 Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2020.

4 Ver: PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2010. p. 143.

> [...] o conceito de relação jurídica, dado o seu caráter geral-abstrato, neutraliza a substância da própria relação em vida (...) encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos. (...) [Com isso, ensejaria] a construção de uma ciência processual que se queria bastante ou supunha que poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade do direito material e para a vida das pessoas de carne e osso[5].

Nesse sentido, ganham corpo formulações como a de Fazzalari, concebendo o processo como um "*procedimento qualificado pelo contraditório*"[6]. Em resumo, a grande preocupação é assegurar que o processo seja entendido como um campo autônomo, mas sem que isso o separe de maneira excessiva ou exagerada da realidade material.

De todo modo, é didático compreender o processo como uma relação que se desenvolve entre o autor, o juiz e o réu. Essa relação teria as seguintes características:

a) É de direito público: como o processo é uma atividade que envolve o estado, as suas regras são predominantemente de direito público e, por isso, não estão inteiramente à disposição das partes para serem alteradas. No entanto, o CPC, no seu art. 190, flexibilizou bastante essa característica, permitindo que as partes alterem normas procedimentais para atender às necessidades dos seus próprios conflitos;

b) Autônoma em relação ao direito material: é possível existir relação processual sem que exista relação material. Como o direito de ação é abstrato, nada impede que a relação processual seja criada e se desenvolva, mesmo em uma situação em que o autor não tem direito. Basta que, na petição inicial, ele afirme ter o direito material;

c) Instrumental em relação ao direito material: embora possa existir processo sem existir direito material, é impossível que um processo não se refira a um direito material, cuja existência é

---

5 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v.1. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.. p. 431-432.

6 Ver: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8 ed. Padova: Cedam, 1996.

afirmada. Todo processo pretende incidir sobre um direito material, pretensamente existente;

d) Relação complexa: o processo desenvolve-se em mais de um ato processual;

e) Relação unitária: apesar de ser composto de mais de um ato, esses atos estão ligados entre si;

f) Relação dinâmica: ela se transforma com o tempo, na medida em que se desenvolve.

2. PROCEDIMENTO

Procedimento é o modo de fazer processo. É o modo de realização e de encadeamento dos diversos atos processuais. Diz-se que o procedimento é o rito mediante o qual o processo se desenvolve.

O CPC, a partir do art. 318, regula o procedimento comum. O procedimento comum é o básico, padrão, que será aplicado sempre que não houver disposição especificamente desenhada para uma situação. Ao lado do procedimento comum, existem também procedimentos especiais, que estão no CPC, a partir do art. 539, e também em legislação extravagante. Por exemplo, o procedimento do Mandado de Segurança é regulado na Lei 12.016/2009, o do despejo do imóvel por falta de pagamento de aluguel na Lei 8.245/1995, o da desapropriação de bens no Decreto-Lei 3.365/1941, o da ação civil pública na Lei 7.347/1985 e assim por diante.

Quando o CPC ou uma lei extravagante cria um procedimento especial, ela continua confiando no procedimento comum para regular tudo aquilo que ela mesma não disciplina. Dizemos, portanto, que o CPC é aplicável subsidiariamente a todos esses procedimentos especiais, naquilo que com eles não for conflitante.

Todo procedimento, comum ou especial, é composto por normas procedimentais que determinam o modo de produzir um ato e o modo de ele ser encadeado aos demais. Nesse sentido, o art. 319 do CPC contém a norma procedimental para elaboração de uma petição inicial. Os arts. 238 e seguintes disciplinam a maneira como a citação deve ser realizada. Os arts. 335 e seguintes regulam o procedimento para se elaborar a contestação. E assim por diante. Sabemos o modo como o processo deve se desenvolver em razão das normas procedimentais.

O procedimento comum do CPC funciona, em linhas gerais, do seguinte modo:

Petição inicial do autor ➡ citação do réu ➡audiência de conciliação ou mediação ➡contestação do réu ➡ providências preliminares do juiz

fase de saneamento ➡ fase probatória ➡ razões finais das partes

sentença ➡ recursos ➡ cumprimento de sentença ➡ satisfação do direito material

2.1 Flexibilidade Procedimental

Tendo em vista as diferentes modificações do ambiente cultural que caracterizam o processo, porém, há mais um tempero relacionado a esse ponto que deve ser aqui indicado. É que, ainda que o processo civil parta de um procedimento previsível, tem sido cada vez mais comum (tanto em doutrina quanto no próprio ordenamento normativo) a defesa de que as circunstâncias materiais devem levar à sua flexibilização.

> **Exemplo prático:** para ilustrar esse aspecto, é interessante lembrar a possibilidade hoje expressa pelo art. 190 do CPC de celebração de negócios processuais atípicos entre as partes de determinada disputa. Do mesmo modo, cabe menção à viabilidade, prevista em lei (CPC, art. 191), de que se estabeleça um calendário processual no âmbito de um litígio. Tudo isso, certamente, pode trazer alterações ao desenho que inicialmente modelaria dado procedimento.

Também nesse sentido, é comum que se sustente que o órgão julgador, para conformar mais adequadamente os elementos ligados ao processo (e desde que respeitando as garantias processuais das partes) poderia alterar elementos relacionados à tramitação procedimental. Como exemplo, diante de uma disputa essencialmente complexa, seria viável que o prazo para a prática de determinados atos processuais fosse ampliado – reconhecendo-se a insuficiência daquele genericamente previsto em lei.

> **Exemplo prático:** imagine que em uma medida ligada a um dano ambiental de alta complexidade, a parte autora apresenta petição inicial bastante